J. publ. G.
33

Rr

J. Publ. germ. 77

<36622056900014

<36622056900014

Bayer. Staatsbibliothek

Geheime
bisher noch nie gedrukte
Aufschlüsse
über
den im Jar 1785. negotiirten
Länder = Tausch
und dessen
sonderbare Schwürigkeiten.

Leipzig 1786.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Zum Eingang:

Ich sollte wol davon reden, warum ich vor meine Schrift den Schild ausgehangen habe, den sie trägt? — Allein, wie kann ich dieß, da ich ihn ebendeshalb, weil sich nicht immer gerade zu von der Sache füglich, und mit Nuzen und Frommen reden läßt, also vorgehangen habe!

Ich

Ich sollte wol davon reden, daß ich durch meine Exemplificationen nichts arges zum Zwek hatte, und niemand beleidigen wollte? — Allein, *wer* misverstehen will, oder die Gabe nicht hat, den Sinn dieser Blätter zu fassen, *wird* — misverstehen, und ihren Sinn verfehlen, *wenn* ich ihm auch eine Vorrede hielte, die — von gröserem Umfang, als das Werk'chen selber wäre.

Das alte Sprüchwort: „Es geschieht nicht neues unterm Mond!" enthält, dünkt mich, eine grose Unwarheit. Weil der Wiz des Menschen in der Geschichte jeden Jarhunderts einige harmonische Ereignisse findet, die sich füglich, oder doch erträglich zusammen stellen und vergleichen lassen, so bildet er den voreiligen Gemein-Saz: „Alles ist schon da gewesen!" — Die Widerlegung desselben liegt, — wenn sie nirgends anderswoher zu schöpfen wäre, in der Geschichte unsers lezten Decenniums so ganz klar vor Augen,

daß es gar keiner gelehrten Discußion bedarf, den Zwang, und die Schifheit, und die Verdrehung widerlich darzustellen, womit die Dichtungen historischer Paralelen noch hie und da für Warheit ausgegeben werden mögen.

Wann haben sich Fürsten mit solchen Negotiationen und Reisen beschäftigt, mit welchen sie sich jezo beschäftigen? Wann haben sie so viel ihre Länder berechnet? und stükweise einander wechselseitig angeboten, wann zu den Geschäften des Privat-Standes sich so weit herabgelassen, und wirklich Erde, Wasser, Luft und Himmel in fast unübersehlichen Districten, hin und her getauscht, und in noch weiterem Umfang zu Tauschen versucht, als gegenwärtig?

Alle Welt spricht von den Negotiationen, die in diesem und dem nächst verflossenen Jar zwischen Oestreich, Baiern und Frankreich über den Tausch von Baiern, von Flandern, und Brabant und Elsaß gepflogen worden sind. Es ist sehr ungleich, und auch sehr unbescheiden oft davon gesprochen worden. Die vorliegende Blätter sollen keine Indiscretion, und doch vielleicht viel **Neues** darüber enthalten.

Tausch ist ein Privat-Geschäft, ein bürgerlicher Contract, wie Kauf und Miethe; wenn Fürsten Städte und Länder tauschen, so contrahiren sie ebenfalls, und gehen Verbindlichkeiten ein, und fesseln sich durch Zusagen — im Grosen, wie Privat-Personen im Kleinen, wenn diese kaufen oder tauschen. Der grösere Umfang der Gegenstände ändert die Natur der Sache nicht; das ist für sich klar.

Worauf aber haben Privat-Personen zu sehen, wenn sie ein solches Geschäft zu Stand bringen wollen? was schlichtet ihre Irrungen, in die sie sich etwa dabei verflechten mögen? Seit mehreren Jarhunderten ist das Römische Gesez-Buch die Grundlage aller Regulative im Handel und Wandel, die Norm fast aller Verträge der Menschen gros und klein in dem weiten cultivirten Europa. Besonders werden in Deutschland, in Frankreich, in den Niederlanden, in Holland, in England und in Italien viele Millionen Menschen darnach gerichtet, die das Buch ihr Lebtag weder gesehen noch gelesen haben, noch jemals lesen können. Einzelne wenige Provinzen haben etwas veränderte Statuten, aber die Haupt-Capitel ihrer

Rechte sind allemal aus Justinians Compilation klärlich nur übersezt, oder bei entstehendem Misverstand, nur durch Rüksicht und Bezug auf die Ur=Stellen des alten Werks erklärlich.

Namentlich aber ist in der Lehre vom Kauf und Tausch — das Corpus Juris in allen benannten Ländern der Haupt=Fond strittiger Wahrheit, das Urim und Thumim, das ewige Licht der Heiligkeit, der Pol um den sich Handel und Gewerb, und Convenienz und Convention aller Art und Gattung dreht. Ohnleugbar enthalten auch die Titel, die in belobter Charta Magna von Kauf und Tausch handeln, sehr feine Bemerkungen, sehr ausgesuchte Vorsichtigkeits=Regeln, sehr scharf=gezeichnete Bestimmungen, die kein anderes Gesez=Buch bei keinem Volk unter der Sonne aufzuweisen hat. Unleugbar zeugen sie von Cultur und Aufklärung, von Sammlung vieler triftigen Erfahrungen, von reifem Nachdenken solider Männer über verwickelte nicht alltägliche Ereignisse, von einer reichen Gabe, und Uebung zugleich, in Distinctionen, die niemals der Geschmak eines untätigen oder barbarischen Volks sind.

Haben die Römische Rechtsgelehrte ihre Zergliederungen und Discussionen hie und da zuweit getrieben, haben sie zu grosen Werth auf einzelne kleinlichte Distinctionen gesezt, und durch allzueigensinnige Bemühungen, alles Haarklein zu begränzen, zu bestimmen, zu benennen, und zu verklauseln, mehr Verwirrung und Dunkelheit veranlaßt, als Klarheit und Helle in das Chaos von Recht und Unrecht, in welchem die Menschheit taumelt, geschaffen; so steht dieß dahin, und mag mir dahin stehen und ruhen, ich will darüber keine Lanze brechen weder für noch gegen die Heilige, die Justinian in seine Bibel einmal aufgenommen hat, also, daß sich das Volk für ihnen beugen sollte für und für. Genug, ihre Aussprüche sind einmal als gemeines Recht gültig, sind als unser Jus Commune anerkannt, und an allen Ecken und Enden — beliebt! sollt' sagen, angenommen und hergebracht; und wir können einmal nicht kaufen noch tauschen, ohne bei jeder sich aufwerfenden Schwierigkeit, Spann- und Irrung, darauf zurükzusehen, oder wie sies heißen, darauf zu recurriren; und, wenn je ein Theil aus eigensinniger Geradheit und Deutsch-

heit nichts mit dem lateinischen Kram zu thun haben wollte, so ist er doch niemals sicher, ob nicht sein etwa zänkischer oder pfiffiger oder verhezter Gegenpart mit einer Distinction daraus heut oder morgen angestochen kommen, und die Worte des (wenn gleich deutsch=errichteten) Vertrags aus belobten Römischen Heilthümern erklären wird, daß ihn gewiß gar bald die Not wol dringen dürfte, nach Ekards Hermeneutica Juris mit Herzensbeklemmung zu langen, und seine Verachtung fremder Legislatur zu bereuen.

Dieß nun vorausgesezt kann es niemand befremden, wenn ich daraus Anlaß nehme, zu versichern, daß bei der bekannten dißjährigen noch immer zweideutigen und unentwickelten Krisi — in den Kabinetern der Grosen das gewönlich zum Katheder=Staub verurteilte Corpus Juris Justinianei fleißig geblättert wird, und Tag und Nacht auf vergoldeten Pulten aufgeschlagen liegt. Die Sache ist klar! Fürsten verhalten sich bei dem vorliegenden Negoce gegeneinander, im Grosen, wie Privat=Personen, im Kleinen; sie wollen —

tauschen wie diese, sie haben sich deßhalb vorzusehen, wie diese, sie haben alle mögliche rechtliche Fälle dabei zu erwägen, wie diese. Sie finden es für gut und recht und billig, daß ihre viele tausend Untertanen bei Kauf und Tausch aus oberwähntem grosem Buch Maas und Ziel nehmen, und sich die darinn gesezten Bestimmungen zur Regel dienen lassen; wie möchten nun sie, da sie in ganz ähnlichem Fall sich befinden, (in gleichen Termis nis schweben und versiren, würden die Alten sprechen,) wie möchten nun sie sich der Verbindlichkeit entziehen, auf eben diese Bestimmungen gemessene Rüksicht zu nehmen? Dürfte sie etwa die Beschwerlichkeit, sich in den **fremden Model** einzuspannen, abschrecken? Freilich war dieser Model für andre Zeiten, und andre Nationen passender, als für die unsrige! Dieß ist schon oft gesagt und auch bewiesen worden. Aber dem ohngeachtet, lassen die Fürsten Europas ihre Völker durch lateinische Gerechtigkeit richten, und deutsche Statuten aus Römischen Compilationen harmonischer und disharmonischer Gesez-Meinungen erläutern, und erkennens für gut und löblich, daß

es also bleiben soll —. Demnach *) können sie sich unmöglich sothaner Beschwerlichkeit mit statthaften Gründen entheben; und müssen, ihrer eigenen wechselseitigen Sicherheit wegen, bei dem vorhabenden Tausch=Geschäft Justinians, oder eigentlich Tribonians Vorstellungsweise in Titulis de rerum Permutatione, d. i. die Leges, die sich damit in dikbemeldtem Rechts=Körper befassen, sorgfältiglich in Ehren halten.

Und das thun sie auch, die grose Herrn, und ihre Ministers, und Vertraute, die im stillen Rathe oben sitzen. Von Vergennes, und Breuteuil, v. S. . . . und L. . . . lesen Tag und Nacht die Rubriken in dem alten orientalischen Kaiser=Buch, und vergleichen die Glossen, und spüren Interpolationen nach, und berathen sich beim Gottofred, Cujaz, und Alciat, daß ihnen die Augen wehe thun, und schicken Couriers mit conferirten, besorglichen, contrastirenden und adminiculirenden Stellen ab,

*) Quod quisque juris in alterum statuerit, ipse eodem iure utatur; ist Natur= und Civil=Gesez zugleich!

ab, welche eilen müssen, als ob sich der Sinn derselben — mit Pferden erjagen liese, und referieren daraus im geheimen Conseil. Davon hab' ich Nachricht! Davon wolt' ich reden! Die Lehre ist verwickelter, als sich manche Laien wol träumen lassen.

Wir wollen Länder tauschen, sagte Gr. von Vergennes zu den negotiirenden Ministern und Gesandten zu Paris. Laßt uns nie vergessen, was eigentlich ein Tausch den Rechten nach sei? wo er anfängt, und wo er aufhört, — und wann wir mit voller Beruhigung sagen können: „Nun ist das Tauschgeschäft zu Stand gebracht!“

§. 1.

Der Tausch ist ein unbenahmter zweiseitiger Vertrag, nach welchem einer dem andern etwas giebt, um von ihm dagegen etwas, — das ihm Ersaz oder Aequivalent zu seyn scheint, zu erhalten.

Es möchte einen wol sonderbar bedünken, den Tausch einen unbenahmten Contract zu heisen, da derselbe doch, so gut, als Kauf und Miethe seinen Namen führt?

Das Römische Recht hat aber einmal durch- aus einen Unterschied zwischen

Benahmten, (nominatis)
und Unbenahmten, (innominatis)

Contracten eingeführt. Benahmte sind nach demselben Kauf, Miethe, Societät, Auftrag, (Mandatum) Emphyteuse; ferner, Anlehn, Pfandschaft, Depot, freie Verleihung, (Commodatum.) Von diesen sagt das Corpus Juris: Es seien Contracte, die ihre Form und ihren Namen durch das Gesez *) hätten, (formam & nomen a lege civili habere,) und bei welchen volle Verbindlichkeit statt fände, so daß jeder Theil daraus klagen könne, so bald Namen und Form wirklich vorhanden wären. Z. E. Der Kauf hat seinen bestimmten Namen (Emtio-Venditio) und auch seine bestimmte Form, die aus gewissen Wesenheiten (Essentialien) besteht; Diese sind

a) Das Daseyn eines wirklichen Consenses.
b) Das Daseyn einer Sache, als des Objects im Kauf,
c) Die Bestimmung des Werths, das Pretium.

Diese

*) Kaum läßt sich über diese Materie nur Teutsch schreiben.

Diese drei Stüke gehören zur Form des Kauf=Contractes. Und so ists mit allen übrigen benahmten Contracten.

Ganz anders verhält sichs mit **Unbenahmten Contracten.** Die Römer sahen, es gäbe viele Verträge unter den Menschen, die sich nicht unter so genau=bestimmte Benennungen bringen, noch unter eine solche Form gleichsam zusammen=spannen liesen, wie's bei Kauf, Miethe, Depot u. s. w. wol angienge. Sie bildeten daher eine ganz abgesonderte zweite Classe von Contracten, die jedesmal vorhanden, und als existent anzunehmen wären,

(1.) So oft einer dem andern etwas gäbe, um dagegen überhaupt etwas von ihm zu empfangen.

(2.) So oft einer dem andern etwas gäbe, und dafür von ihm ein Geschäft, eine ihm zuträgliche, oder überhaupt beliebte Handlung erwartete.

(3.) So oft einer dem andern etwas leistete, eine Handlung, ein Geschäft versähe, ausrichtete, und dafür die Zustellung (Abreichung) einer gewissen Sache erwartete.

(4.) So oft einer etwas leistete, und Handlung für Handlung, Geschäft für Geschäft erwartete.

Was hier mit vielen Worten gesagt ist, konnte der Römer sehr gedrängt in der einleuchtenden ungezwungenen kurzen Formel ausdrüken:

Do, ut des,
Do, ut facias,
Facio, ut des,
Facio, ut facias.

Und dieses hiesen die vier Arten der unbenahmten Contracte, (Quatuor Species Contr. inominat.) unter die sich alles bringen liese, was die Menschen verhandelten, womit sie sich verpflichteten, und was in der rechtlichen Sprache keine bestimmte Benennungen fürte.

Natura rerum conditum est, ut *plura*
Sint negotia, quam Vocabula,

sagte Ulpian L. 4. π. de præscr. verb. und darauf gründete sich diese an sich nicht ungeschikte, nur etwas spizfindige Sonderung.

Hieraus wird nun erklärlich, warum der Tausch ein unbenahmter Contract heise? es fällt von selber in die Augen, daß er (nach seiner obigen Definition) mit der ersten Unter Art der unbenahmten Contracte,

Do, ut des,

vollkommen zusammen treffe. Einige Rechts-Grübler haben zwar einige Beziehungen aufdekken wollen, nach welchem noch ein Unterschied vorwalte, und die Formel Do ut des mehr als blose Permutationem rerum in sich fasse. Allein die Grille ist von keinem Nuzen, und streitet selber gegen eine ganz klare Stelle, L. 5. §. 1. π. de præscr. verb. Auch giebts der natürliche Wort-Verstand, und allgemeine Sprach-Gebrauch: Gabe für Gabe ist Tausch.

Allein daraus folgt nun auch unmittelbar, daß der Tausch den nehmlichen Bestimmungen, Einschränkungen, und Ausdehnungen unterworfen sei, welche die Gesetze den sammtlichen unbenahmten Contracten beilegen.

Welche sind die?

Es ist bei einem unbenahmten Contract nicht genug, daß man eine Convention treffe,

daß

daß beide Theile über die Gegenstände der beederseitigen Verbindlichkeiten schlüßig werden, daß sie einstimmen, daß sie übereinkommen: „So wollen wirs halten! So solls abgeschlos„sen seyn!“ — Damit ist ein unbenahmter Contract noch nicht zu Stand gebracht, noch nicht vollkommen; sondern es gehört wesentlich darzu:

„Daß wirklich ein Theil sein Versprechen „erfülle, und, der Zusage gemäs, dem an„dern etwas gebe, oder leiste.“

Ein factum, (Rei datio s. præstatio) ist also die unverkennbare rechtliche Bedingniß jedes unbenahmten Contractes, den man gesez-lich-vollkommen nennen soll, und den das Corpus Juris für perfect und gültig angesehen wissen will.

Solange dieses Factum von der einen oder der andern Seite fehlt, so lange noch kein Theil dem andern wirklich etwas zugestellt, wirklich etwas geleistet hat, so lange können sich beede ihre Uebereinkommniß gereuen lassen, und zurüktreten, oder vielmehr zurük bleiben, (jeder mit seiner Verbindlichkeit;) und keinem Theil

Theil steht deshalb gegen den andern eine Klage zu. Es fand bisher unter ihnen ein blos willkürlicher Vertrag statt, (nuda Conventio den Römern genannt) der noch in keinen Contract übergegangen war, dem noch eine wesentliche Erforderniß, (Rei datio) fehlte, der also, bei eintretender Reue, keine weitre Folgen haben konnte.

Dieß ist aber noch nicht genug! Auch wenn ein Theil seine Zusage erfüllt, und dem andern eine zur Erzielung eines unbenahmten Contracts versprochene Sache übergiebt, so kann er sichs noch gereuen lassen, und die Sache zurük fordern, so lange der andre seiner Seits ihm noch nichts dargegen zugestellt oder geleistet hat. Diese Freiheit aber hat der andere nicht, der die Sache annahm, und ist seiner seits gebunden, seiner Zusage ein Genüge zu leisten.

Was nun von unbenahmten Contracten überhaupt gilt, besagen die Gesetze von dem Tausch ausdrüklich, rein bestimmt, in voller Maase, so daß gar kein Zweifel desfalls Raum findet.

„Ex

„ Ex placito permutationis, *nulla re*
„ *secuta*, constat, nemini competere
„ actionem. “

heißt es L. 3. Cod. de rerum permutat. Die blose Convention, und Uebereinkunft sich den Tausch auf diese oder jene Art gefallen zu lassen, machts also nicht aus, keiner der Paciscenten kann sich dabei beruhigen, die Verhandlung mag mündlich oder schriftlich geführt worden seyn, keiner erhält ein Recht daraus, den andern deshalb in Anspruch zu nehmen — oder zu belangen. (Das Synallagma fehlt — Præstatio realis, würde ein Glossator sprechen!)

„ Permutatio *ex* re tradita *initium*
„ obligationi praebet. — — Si res
„ nondum tradita, nudo consensu
„ constitui obligationem, *in his dum-*
„ *taxat*, quae *nomen* suum habent, ut
„ in emtione venditione, locatione,
„ mandato.

sagt L. 1. §. 2. π. de rerum permut. und sezt damit den Unterschied sonnenklar fest,

daß

daß ein Tausch in Rechten ganz anders zu beurteilen sei, als ein Kauf, eine Miethe, u. s. w. und, juristisch genommen, einen Namen führe und keinen Namen führe, und ob er einen Namen führe, dennoch nun und nimmermehr unter die benahmten Contracte einzurücken, noch mit deren Eigenschaften zu beehren oder zu beschweren sei. Es ist unsäglich viel darüber Commentirt und radotirt worden, daß Tausch eigentlich doch nichts anders, als ein doppelter Kauf sei, und man hat dieß gar, schon vor Justinians Zeiten, aus dem Altvater Homer *) beweisen wollen; Kaiser Justinian gesteht auch selber zu, Tausch und Kauf seien nah=verwandt, (möcht' wol sagen Geschwister = Kind,) und blieben auch dieß für und für, in mehrerem Betracht. Das alles aber hat ihn und die Matadors unter den Juristen der ersten Jarhunderte nicht bewegen können, die ur=anfängliche Vermischung auf ihrem Werth zu lassen, sondern die Sonderung ward einmal beliebt,

*) Aus dem 17. B. der Iliade v. 482.

„ Proculi Sententia, dicentis, permu-
„ tationem propriam esse speciem
„ contractus a venditione separatam,
„ *merito* praevaluit, (heißt es L. 1. §. 2.
„ Instit. de E. Vend.)

und die Grenzen wurden abgestekt, die noch bis diese Stunde die grose Kluft zwischen beeden Vertrags-Arten verewigen.

Wäre die Sache blos als Antiquität wichtig, so verlohnte sichs kaum der Mühe, eine Seite oder höchstens ein Blat mit einem halbduzend Allegaten darüber zufüllen, einen firmen Strich drunter zu ziehen, und mit einem

Hodie aliter!

die eigentliche Dissertation zu beginnen. Aber leider! geht dieß nicht an. Fast an allen Eken Deutschlands richtet man über Kauf und Tausch nach Römischen Gesezen. In den allermeisten Landes-Ordnungen und Statuten — sind die Vorschriften, und Clauseln über diese Verbindlichkeiten, die so tagtäglich im bürgerlichen Leben vorkommen, baar und rein, aus dem Corpus Juris übersezt, ja öfters nicht einmal übersezt,

son-

sondern blos bezugsweise angefürt, und summarisch mit dem Ausspruch:

Da lassen wir es bei dem Gemeinen Recht bleiben!

unumwunden bestätiget. Sind auch hie und da Modificationen gewagt, sind auch je hie und da andre Bistimmungen eingeschaltet, so ist doch das Römische Recht durchaus die Quelle, die man gar nicht entrathen kann, und zu der man bei jeder entstehenden Irrung, ohne Umschweife zurük-zugehen gemüsiget ist.

Diejenige, welche hieran zweiflen möchten, ersuche ich, nur z. B. das Hohenloische, das Sächsische und Würtenbergische Deutsche Land-Recht, ohnschwer nachzuschlagen. Alle drey beziehen sich offenbar und mit ausdrüklichen Worten auf das Gemeine geschriebene, oder Römische Recht, alle drei bestätigen den Unterschied zwischen benahmten und unbenahmten *) Contracten,

*) „Und seind hierunter alle Contráct „begriffen, die nicht mit sondern Namen „benennt sind, als da seyn: Tausch, „Geding rc." heißt es wörtlich im Würt. LR. T. II, Tit. 20.

und erklären die Folgen, die Justinian daraus zieht, für gültig, stellen die Uebergabe — als wesentlich, und blose Uebereinkunft als unzulänglich dabei dar, und gestehen Reue und Zurük=Trit, nach der obengemeldten Lehre, zu. Kleine Neben=Abweichungen in diesen und andern Ordnungen beweisen nichts gegen meine Behauptung:

„ Daß das Römische Recht gerade in
„ dieser Lehre im allgemeinen, und im
„ ganzen im Reich Deutscher Nation
„ recipirt, und gültig sei."

Kleine Abweichungen hat das eine Land und das andre hat sie wieder nicht; sie sind ungleich anerkannt, und entstunden durch unentscheidende individuelle Nebenblicke, die der eine Statuten=Concipist so, der andre anders warf; kurz — im ganzen ist Justinians Lehre im Tausch gemeines Recht, und gültige Vorschrift auf Deutschem Grund und Boden um und um.

Demnach ist nichts zu versäumen, was hierüber im Corpus Juris steht; und ich rücke dann ohne weiters zur genauern Anwendung.

Gesezt

Gesezt einmal, die Höfe von Oesterreich und Bajern kämen endlich überein, und schikten sich die Distrikte der Länder, die getauscht werden sollten, genau gemessen, und beschrieben, wechselseitig zu, beliebten alles ganz harmonisch, und schlößen einstimmig ab; so können sie deßhalb dennoch die Uebergabe nicht nur verzögern, sondern auch gänzlich sich gereuen lassen, und dürfen jezt und in zukunft darum einander nichts vorwerfen, auch wenn der eine Theil seine Bereitschaft zeigte und klar bewiesse, wie er erbötig sei, oder gewesen sei, mit dem Tausch den Anfang zu machen. Bloses Anerbieten, auch selbst öffentliche Hinterlegung, (Depositio) — ist bei unbenahmten Contracten zur ihrer Vollkommenheit (ad perfectionem) und um Ansprüche daraus her zu leiten, nicht zulänglich; wirkliche Uebergabe (rei traditio) ist hiezu wesentliches Erforderniß. Bisher wars Nuda Conventio, ein simples Placitum de permutione, das keine rechtliche Zwangs-Verbindlichkeit zu Folge fürte, sondern ganz

und gar durch Reue wieder aufgehoben werden konnte. *)

§. 2.

Etwas verwickeltere und zusammengesetztere Fragen kommen in Erörterung, wenn der eine Theil — bereits wirklich den Contract erfüllt hat?

Er hat die Präsumtion für sich, daß er dadurch den andern zwar sich habe verbindlich machen wollen, nicht aber, daß er, durch die promte Erfüllung seiner Zusage, sich dem andern verbindlich zu machen gemeint gewesen sei. (Non eo fecit animo, vt se alteri, sed vt alterum, sibi adstringat, sagen die Juristen.) Bei jeder Uebereinkunft, bei jedem Vertrag aber ist der alte Rechts-Saz, daß niemand sich gegen seine Absicht und Intention verbinde, eine unumstößliche Grundfeste.

Je-

*) Nec hodierno iure contractus innominati sine rei interventione perficiuntur. Nec enim ullibi id mutatum est, sagt Hahn ad Wes. de P. V. nr. 1.

Jeder, der also den Anfang mit dem Tausch seinerseits gemacht hat, kann sichs gereuen lassen, und zurüktreten, und seine bereits übergebene Sache zurükfordern so lange noch der andere seine Zusage nicht erfüllt hat.

Einige Rechts-Gelehrte haben die Frage aufgeworfen „ob diese Befugniß der Reue „auch noch in dem Moment statt finde, wenn „der andere Theil so eben seine Bereitschaft „zeige, auch seinerseits sein Versprechen zu „erfüllen?“

Etliche antworten mit Ja, etliche mit Nein! Und auf beeden Seiten sind Gründe von Belang.

Wenn der Theil, der den Tausch noch nicht erfüllt hat, ohne eigne Schuld bisher im Verzug war, oder wenn seine Bereitschaft, zu übergeben, und zu leisten, was er nun immer versprochen haben mag, nicht in Abrede gestellt werden kann, so scheint es auch unbillig, die Befugniß der Reue, dem der mit dem Tausch den Anfang machte, vorzugsweise einzuräumen, (sprechen einige der erwähnten Rechtsgelehrten.) — Er hat darum kein Verdienst voraus, daß er zuerst den Contract erfüllte, auch ist

der Contract eben durch die Uebergabe perfect, das Synallagma nehmlich praestatio realis ist vorhanden; für was, und warum soll er, blos weil es ihm so einfällt, seine Sache zurükfordern dürfen? Und scheint nicht der Sinn der Gesetze, in den Stellen, wo hievon die Rede ist, blos dahin zu gehen: Reue und Zurükforderung möge vergönnt seyn, wenn der andre Theil etwa zauderte oder gar sich weigerte, seiner wechselseitigen Obliegenheit ebenfalls nachzukommen? — Si *cessaverit*, sagt doch L. 7. π. de præscr. V. ausdrüklich, bei einer klaren Frage über einen unbenahmten Contract ex Forma Do, ut facias! und scheint damit das Recht etwas zurük zu fordern, ganz billig auf den Fall unleugbarer Verzögrung zu beschränken!

Flausen sind das, und Hirn-Gespinste! (erwiedert eine Reihe anders gesinnter Juristen hierauf.) Wer den Tausch-Contract einseitig erfüllt, hat und behält die Befugniß, und die freie Wahl;

„entweder sichs gereuen zu lassen, und
„das Seinige, condictione causa data
„causa non secuta, zurük zu fordern."

oder,

oder,

Den andern, Actione de praescriptis verbis zu belangen, und anzuhalten sein Versprechen ebenfalls zu erfüllen.

Dabei bleibts, und diese Befugniß und freie Wahl dauert fortan, bis an den Moment, in welchem der andre — seine Zusage gleichergestallt erfüllt; und der Vorwand sich zeigender Bereitschaft kann hierinn nichts ändern, noch jene Befugniß schmälern. Ein groser Fezzen aus Ulpians Disputationen, den Justinian zum

L. 5. π. de Condictione Causa data, C. n. s.

gemacht hat, sezt dieß ausser allen Zweifel.

Cum *per te non steterit*, potest dici, (könnte man vielleicht wol sagen,) repetitionem cessare; Sed cum liceat poenitere *ei*, *qui dedit*, proculdubio repetetur, id quod datum est;

heißt es darinn gleich im Anfang, und sowol die Folge dieses Gesezes, als noch andre Stellen in andern Titeln widerlegen jene ergrübelte vorgebliche Ausname. Cf. L. 4. Cod. de rerum permut.

 §. 3.

§. 3.

Es ist nicht zu leugnen, diese Befugniß der Reue hat oft grose Unbequemlichkeiten zur Begleitung, und fällt dem Theil, der etwas zurükgeben soll, gewiß meistens sehr beschwerlich.

Gesezt Oestreich wäre mit Bajern überein gekommen, gesezt Oestreich hätte Bajern (vielleicht nur um einige Wochen früher) in Besiz genommen, ehe noch der Kurfürst von Pfalz sich in den Niederlanden hätte huldigen lassen, gesezt Kurpflalz hätte sich den Tausch gereuen lassen, ehe noch diese Huldigung und Besiznehmung der Niederlande zu Stand gekommen wäre, oder wäre durch Einspruch einer schröckenden Macht daran behindert worden, so stünde Kurpflalz die Befugniß zu, Bajern zurükzufordern, und Oestreich könnte sich nicht mit einen: Per me non stetit! — entschlagen, das Land wieder zu räumen; Die Entschuldigung hätte nach dem erstangefürten Gesez L. 5. π. de Cond. C. D. C. n. S. nicht statt. Allein Oestreich hätte doch inzwischen durch die Besiznehmung grose Unkosten gehabt; möchte ihm wol unverschuldet die Beschwer-

schwerlichkeit aufgebürdet werden, unverlängt wieder zu weichen, so bald ihm Kurpfalz seine Reue ankündigte?? Der grose Gottofred antwortet mit: „Ja! Der Vorwand helfe „nichts!“ Er mag selber sprechen:

Poenitentiam seu Condictionem dati ob Causam non impediunt sumtus in ipsam rem jam facti et instituti ab eo, qui ob causam accepit. (ad §. 2. Leg. cit.)

Daß aber Oestreich die Zurük-Erstattung der aufgewendeten Unkosten, und Entschädigung wegen vergeblicher Bemühungen zu fordern berechtiget wäre, ist nicht minder gesezlich, und ausser Streit:

Si manifestum est, te plus forte, quam accepisti erogasse, condictio cessabit; sed si minus erogatum sit, Condictio locum habebit, *ita tamen, ut indemnitas* tibi praestetur *ejus*, quod expendisti.

verordnet das bereits zweimal angefürte Gesez von Ulpians Griffel, und bewährt dadurch Gottofreds Behauptung so, daß sie nicht als

eine

eine blose Katheder=Meinung, (nicht, als blose opinio doctoris) verachtet werden darf, sondern gleich als ein Ausspruch **Justinians** selber, rechtlich=gültig anzunehmen ist.

§. 4.

Die Befugnis der Reue ist nur einseitig; nur dem Theil kommt sie zu, der seinerseits den Contract erfüllt hat, nicht aber dem andern, der noch im Rükstand ist, der noch nicht geleistet, oder übergeben hat, was seine Zusage ausweißt. (In dieser Rüksicht heißt ein unbenahmter Contract, und namentlich der Tausch in den Lehrbüchern der Juristen auch schlechthin μονοπλευρος, (unilateralis,) welcher Ausdruk jedem unschiklich vorkommen muß, der bei der natürlichen ersten Idee eines Tausch=Geschäftes, wo allemal zweiseitige Verbindlichkeit wesentlich zu seyn scheint, stehen bleibt, und die Beziehung auf die bemeldte Befugnis der Reue, nebst den obangeführten Gründen darzu, ausser Acht läßt.) Also, der Theil, der einmal von dem andern sich das zugesagte Object hat zustellen lassen, kann nun nicht mehr zuruktreten, ist nunmehr verbunden, ebenfalls den

Contract zu erfüllen, und mag allerdings darzu actione de Præscriptis Verbis gerichtlich angehalten werden, falls er zögert oder gar sich weigert, sein Wort überhaupt zu halten.

Wieweit ist aber der Umfang dieser Action de præscriptis verbis? Wieweit läßt sich ein Gegner dadurch rechtlich verfolgen? Was läßt sich mittelst derselben immer beim Tausch, (wenn der Fall ist do ut des) erringen?

Leider! werden diese wichtige Fragen von den Rechtsgelehrten ungleich, und, Falls einige derselben recht haben, von den Gesetzen selbst, etwas widersprechend, oder doch sehr unbestimmt beantwortet.

Die eine Behauptung geht dahin: Wer im Tausch seiner Seits nicht einhalte, könne von dem andern, (qui dedit) *) zur gegenseitigen Uebergabe (ut det) oder zum Interesse und vollkommenen Ersaz alles dessen, was die Unter-

*) Im Fall dieser nehmlich auf dem Tausch bestehe, und von der oben erörterten Befugniß der Reue und Zurükforderung (condictionis causa d. c. n. f.) keinen Gebrauch machen wolle.

terlassung der Uebergabe in Berechnung aus- werfe, actione præscriptis verbis angehalten werden, habe aber bei diesem rechtlichen Andringen des Gegners, die Freiheit, das leztere zu wählen, sich nehmlich blos durch Interesse-Leistung von seiner Verbindlichkeit des Tausch-Contractes zu befreien, und könne nicht durch- aus gezwungen werden, das zugesagte Object des Tausches, der ersten Erwartung gemäs, wirklich zu übergeben. Die Hauptstelle, die unsäglich oft aus dem Corpus Juris in dieser Lehre von den Juristen angezogen wird, steht

L. 5. §. 1. π. de præsc. V.

Si rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emtionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem: in qua actione id veniet, *non ut reddas*, quod acceperis, sed *ut damneris mihi*, *quanti inter est* mea, illud, de quo convenit, accipere: vel, *si* meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta.

Und

Und aus dieser Stelle spricht nun die alte Glosse, und nach ihr eine ziemliche Menge Rechtsgelehrter Professoren dem ungehorsamen oder behinderten Theil die freie Wal zu, sich auf die obbemeldte Weise aus der Schlinge — sollt ich sagen, der Tausch=Verbindlichkeit zu ent=ziehen.

Die Lehre geht weit, und kann, ohne es im Ausdruk zu übertreiben, gefärlich genannt werden. Gesezt Oestreich hätte, wie oben angenommen worden, Bajern sich in Besiz und Huldigung übergeben lassen, zögerte aber, (aus welcher Ursache dieß nun seyn möchte) oder würde behindert, den Kurfürsten von der Pfalz, dem Tausch=Vertrag gemäs, in den Besiz der Niederlande zu sezen; und würde doch deshalb von dem Kurfürsten dringend angegangen, (gleichsam actione, praescriptis verbis belangt,) so stünde ihm die Wahl frei, und der Ausweg offen, also zu sprechen:

„Bajern ist mein. Ewr Liebden müssen
„Ersaz dafür haben. Mit den Niederlan=
„den aber will sichs nicht wohl schicken;
„Es soll daher Ewr. — — das Interesse,

„(id

„ (id quod intereſt) für dieſen Verluſt
„ zugeſtellt werden. Dieſer läßt ſich in
„ Geld ausrechnen, oder durch Erteilung be=
„ ſonderer Gerechtſame und mannigfaltiger
„ anderer Vergütungen erſetzen. Wie viel
„ verlangen Ewr. — — Millionen?

Der Kurfürſt kan darauf, entweder zu der Befugniß der Reue ſeine Zuflucht nehmen, und Bajern zurük fordern, (wenn er anders dieſer Befugniß nicht vorher ſchon etwa ausdrüklich renuncirt hat, wovon weiter unten das nähere vorkommen ſoll,) oder er kann auf Erfüllung der gegenſeitigen Contract=Verbindlichkeit beſtehen, und einmal für Bajern ein Tauſch=Object, der Zuſage gemäs, verlangen.

Aber den erſten Weg einzuſchlagen, und Bajern aus Reue zurükzufordern, dürfte groſen Schwierigkeiten unterworfen ſeyn, da Oeſterreich bereits im Beſiz wäre, (wie wir den Fall geſezt haben,) und allerdings gewiß triftige und zahlreiche Gründe vorzubringen wüßte, warum es nun nicht wieder weichen könnte, und dieß um ſo weniger, da es keinen Anſtand nähme, dem Kurfürſten Entſchädigung und quantiinterſit, zu leiſten.

Alſo

Also bliebe nichts, als das leztere übrig. Und was möchte der Kurfürst anfangen, wenn ihm durch obenberührtes Gesez, und dessen Ausleger rechtlich entgegengehalten würde, Oestreich könne nicht präcis und unausweichlich zu der Uebergabe der Niederlanden juristisch gezwungen werden?

Singulare hoc est Contractibus innominatis, & in hac actione (Pr. Verbis,) quod ad dandum obligatus non præcise cogatur ad dandum; sed ad interesse condemnetur, & interesse præstando *liberetur*! *)

ist die allgemeine Sprache der Doctoren, die der Glosse folgen, und die angezogene Stelle L. 5. §. 1. nach dem Buchstaben erklären. Und wer möchte es Oestreich verargen, sich dieses Rechts zu bedienen, je nachdem unvorhergesehne Umstände zusammen träfen, deren

*) Cf. Lauterb. Coll. Th. Pr. titul. de rer. perm. §. 26. Vinnii Qu. Sel. L. I. Q. 46. Hahn ad Wesenb. Tit. de P. V. Bardili Concl. For. Exerc. 38. §. 23. aus welchen zugleich erhellet, daß auch teutsche Landrechte hiemit übereinkommen.

Ereigniß die wörtliche Erfüllung der ersten Zusage sehr erschwerten? Kan jemand so kühn seyn, der Zukunft gleichsam vorzugreifen, und auf jeden Fall, wenn Schwierigkeiten einträten, nichts als Vorspieglungen zu ahnden, und über dolosen Hinterhalt zu queruliren? — „Nicht „ also! (sagen die angefürte Rechts-Lehrer,) „ die welt-klugen Römer waren billig genug, „ einzusehen, daß sich die Umstände oft in „ wenigen Wochen äuserst-sonderbar ändern, „ daß oft der ehrlichste Mann nicht Wort halten „ kann, wie er sichs vorgenommen hat, und es „ nicht selten drückende Ungerechtigkeit und „ Härte wäre, ihn dazu gesezlich zu zwingen; „ Daher öfneten sie den Ausweg — ad id „ quod interest! „

Die entgegengesezte Behauptung klingt ohngefähr also:

Es ist auf den Sinn der Geseze zu sehen; und dieser widerspräche sich, wenn der, der im Tausch seine Verbindlichkeit erfüllt hat, den andern nicht auch darzu anhalten könnte, seinem Versprechen nachzukommen. Wort soll gehalten werden, (fides placiti servetur,) — das ist

die

die Absicht der Klage de praesc. Verb. das ist ihre natürliche Intention; dazu soll sie verhelfen nach L. 4. und 5. Cod. de rer. permut. Diese Absicht wird aber nicht erreicht, wenn der säumende Theil gegen seine Zusage das Object des Tausches verändern kann, und wer weis, was? — dafür zuschieben darf. Die Geseze, die von Entschädigung, und — Quanti interest reden, sind zu Gunsten des Theils, der mit dem Tausch den Anfang gemacht hat, auszulegen. **Dieser** soll die **freie** Wal haben, ob er das seinige zurük-fordern, oder ob er auf die Erfüllung des Contracts auf gegenseitige Uebergabe, dringen, oder ob er blos Entschädigung quanti interest annehmen will? Gothofred sezt bei der obgedachten renommirten Stelle L. 5. §. 1. π. de P. V. zu den Worte, In actione id veniet, non ut reddas — die Note:

Idest, non Cogor praecise agere, ut tu mihi reddas rem, quam a me accepisti, quia possum agere in id, quod mea interest, si velim. *)

 und

*) Mit ihm stimmt ein Struv. Syntagm. Exercit. 25. Lib. 19. Tit. 4.

und findet also offenbar einen ganz andern Sinn in diesem Gesez, als die Ausleger, die der alten Glosse nachsprechen.

Allerdings haben die leztere auch die Betrachtung wider sich, daß die Geseze durchaus blos dem contrahirenden Theil, welcher seine Verbindlichkeit erfüllt die Befugniß der Reue, und des Zurüktrits zugestehen, — der laxen Auslegung nach aber, (wenn sie angenommen würde,) in der That dem säumigsten Zauderer, der noch nichts an dem Contract erfüllt hätte, eine zwar nicht gleiche, doch ähnliche sehr günstige Befugniß zugestanden würde, nehmlich die unverdiente Befugniß, sich sein Versprechen gereuen zu lassen, und an die Stelle des bestimmtzugesagten Gegenstandes etwas anders, einen vorgeblichen Ersaz hinzubieten, an welchen der ehrliche Contrahent, der zuerst übergab, und Wort hielt, nimmermehr bei Eingehung des Vertrags gedacht hatte. Er wollte tauschen, nicht verkaufen! Gut für Gut, Land für Land wollte, und verlangte er, nicht Geld für Land; nein, ein bestimmtes Object veranlaßte ihn zu der in Frage stehenden Verhandlung; Wodurch hätte ers nun verschuldet, daß der

Ge-

Gegentheil das **wesentliche** des ganzen beederseitig-beliebten Geschäftes nach Willkühr untergraben dürfte? Wie käme er **dazu**, sein Eigenthum zu verlieren, und die Bedingung, unter der er es abtrat, gegen alle seine Erwartung eludirt, — oder doch, als Neben-Sache, weggedrängt zu sehen?

Quod ab initio voluntatis est, ex post
Fit necessitatis in Contractibus;

ist eine durch so viele Gesetze bewährte Rechts-Regel, und sollte gerade bei unbilligen Versuchen, im Tausch den redlichen Contrahenten im Stich zu lassen, — nicht anschlagen, gerade dem der die Gunst der Gesetze zuverläßig vorzüglich verdient und auch vorzüglich auf seiner Seite hat, in der bemerkten Verlegenheit nicht zustatten kommen? Höchst wahrscheinlich müßten die Gesetze deutlicher sprechen, und an mehreren Orten deßfals überein kommen, wenn sie diese harte Ausname hätten für gültig erkannt wissen wollen, durch welche jeder Tausch in einen Kauf, nach einseitigem Belieben, verwandelt werden könnte; — des unabsehlichen Haders nicht zu gedenken, dem dadurch der Weg gebahnt würde, insofern sicher

jedesmal über die Summe des — Quanti-interest Disharmonie entstünde, und Bitterkeit über Bitterkeit erwekt, ja am Ende aller Tausch jedem friedlichen Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft verleidet werden dürfte.

So controvertiren beede Parthien, und verfallen vielleicht beede in Declamation. Was ist da zu rathen? — — Die folgende Blätter werden auf eine Auskunft führen, die sattsame Beruhigung gewären wird!

§. 5.

Wort halten, den eingeschlagenen Weg verfolgen, ist eben doch besser, als — immer sich wenden, zurüktreten, und durch Reue Zwist verbreiten; dieß fühlten auch die Römer schon, und sezten daher gewisse Bestimmungen fest, unter welchen alle, die gerade und männlich über ihren Zusagen halten wollten, — ihres Zweks und Vorsatzes gewiß werden konten.

(α.)

Zuerst gaben sie eine Vorschrift, wie sogleich die simple Verhandlung eines beliebten Tausches, das blose Placitum de permutatione, (wovon wir oben §. 1. gesprochen

haben.)

haben,) daurend-verbindlich für beede Theile gemacht werden könne; nehmlich durch eine förmliche Stipulation. Soviel hier nöthig auszuführen ist, wird die Sache am deutlichsten, wenn wir sie uns in der Anwendung also vorstellen:

Wenn Oestreich mit Kurpfalz wegen eines Länder-Tausches, mit Beseitigung aller Disharmonie, endlich übereingekommen wäre, beede Höfe aber wollten sich wechselseitig gegen alles, was Reue und Zurüktritt hiese, sichern, so könnten sie noch über eine gewisse Wort-Formel übereinkommen, welche ihre Bevollmächtigte, (etwa beede den Tausch-Contract in Händen haltend) vor Zeugen, gegenseitig, in Frage und Antwort, als eine ausdrükliche Stipulation, aussprächen. Es wäre z. B. die Formel entworfen:

„Versprechen Sie, als Bevollmächtigter vom „E. H. Oestreich, daß innbenannte Länder „N. N. gegen die und die . . . vertauscht „seyn sollen? und versichern Sie es mit ei„ner festen Stipulation?“ So spräche sie der Kurpfälzische Gesandte, wie wir einmal annehmen, zuerst feyerlich aus, und der

Oestreichische antwortete in den nehmlichen Ausdrücken, und redete gleichsam dem, der fragte, die Worte blos nach: „Ja, ich verspreche, „daß — — diese Länder vertauscht seyn sollen, und versichere es mit einer festen Stipulation.“

(Die wesentliche Worte, die die Römer hiebei aussprachen, warum jedesmal: Spondes ne? in der Frage, und spondeo! in der Antwort.) Und damit wäre die Stipulation geendigt, und der Contract von nunan auf immer verbindlich, so daß ihn kein Theil mehr sich gereuen lassen könnte. Das obenangeführte Gesez

L. 3. C. de rer. permut.

hat den ausdrüklichen Anhang:

'Ex placito permutationis, nulla re secuta constat nemini competere actionem, *nisi* stipulatio subjecta ex verborum obligatione quæsierit partibus actionem.

Und das halbe Corpus Juris ist davon voll, daß simple Verträge, (nuda pacta,) aus welchen sonst kein Klag-Recht statt fand, auf diese Weise befestigt, und unwiderruflich gemacht werden konnten.

Wer

Wer heut zu Tag gern **will**, kann sich noch auf diese Art verbindlich machen, und diese Förmlichkeit der Stipulation zur Bedingniß setzen. — Aber es geschicht gewönlich nicht mehr.

(β.)

Die Römer hatten (wie wenigstens viele Rechtsgelehrte behaupten,) noch einen Weg, sich gegen Reu und Aenderung zu sichern, der uns besser gefällt. Wenn nehmlich beede Contrahenten, gleich beim Eingang des Vertrags, der Befugniß der Reue ausdrüklich entsagen, und also der Uebereinkunft zu einem Tausch die bestimmte Renunciation anhängen, „niemals der rechtlichen, (anmaslichen, oder „wirklich zuständigen) Freiheit, aus Reue zu„rükzutreten, oder seine Zusage überhaupt zu „ändern, sich bedienen zu wollen;“ so haben sie sich allerdings forthin nicht weiter für einander wegen der bißher abgehandelten Fragen zu fürchten. *)

*) Cf. Mantica de tacitis et ambiguis Convent. L. 2. Tit. 8. Nr. 34.

Aufrichtig aber zu sprechen, so findet sich in den viel tausend Gesetzen, die wir über Handel und Wandel — in Justinians Büchern besitzen keine Spur, daß sich die Römer dieses Wegs ausdrüklicher Renunciationen auf gesezliche Freiheiten im Tausch-Geschäft — öfters bedient hätten, oder denselben neben der Stipulation empfälen. Blos aus allgemeinen Principien läßt er sich herleiten, ihnen galt die Stipulation dafür, und war ihnen genug.

Rebus *certa lege* traditis, si huic non pareatur, Pr. V. incertam civilem dandum actionem, juris auctoritas demonstrat

sagt L. 6. Cod. de rer. permut. der nebst noch einigen andern L. 10. π. de pactis, & L. 1. Cod. de pactis conventis) hierher angezogen wird; scheint aber so wenig, als die andren, das zu erweisen, was hier gesucht wird. Wenigstens, so lange von einem blosen Tausch-Vertrag, von einem blosen Placito de Permutatione die Rede ist, (sey auch immer völlige Uebereinkunft vorhanden,) so lang noch kein Theil dem andern die Zusage erfüllt hat, so lange — — mag, auch aus diesen Gesetzen,

die

die Verbindlichkeit, durchaus Wort zu halten, nicht dargethan, noch die Freiheit, zurükzutreten, kek bestritten werden.

Rebus *traditis*

heißt es darinn, und die Voraussezung, daß **ein** Theil bereits etwas übergeben habe, ist also klar, als bindender Hauptgrund, bereits angenommen.

Darum sind aber dennoch diese Gesetze noch immer sehr vorträglich, um der Verdrüßlichkeit widriger Sinnes-Aenderungen bei Tausch-Verträgen in den **mehreren** Beziehungen, die oben angeführt worden sind, vorzubeugen, und die Einfälle einer wunderlichen Reue zu beschränken, womit ein unbilliger oder unruhigen Kopf den andern, wenn etwa auch schon **ein** Theil den Contract erfüllt hat, auf gar mancherlei Art plagen, herumtreiben, und des Tauschens — hinten-nach noch oft überdrüßig machen kann.

(γ.)

Ein Tausch, der nach Beilegung strittiger Ansprüche, durch einen **Vergleich** beliebt worden, schließt ebenfalls die Befugniß der Reue aus. Der Transact soll alle fernere Weiterung, Aenderung, Spann und Irrung abschneiden; —

darauf

darauf zielen eine Menge entscheidender Rechts-Sprüche, die Justinian in sein Werk aufgenommen hat.

Quamvis eum, qui pactus est, statim poeniteat, transactio tamen rescindi, et lis instaurari non potest; Et, qui tibi suasit, *intra* Certum *tempus* licere, a transactione recedere, falsum adseveravit;

heißt es L. 39. Cod. de transaction:

Und ziemlich einmütig kommen fast alle Rechts-Gelehrte, die ich in unsrer vorliegenden Materie nachgeschlagen habe, hierinn überein:

„ Von einem Tausch-Vertrag, der durch einen
„ Verglich eingegangen worden, finde durchaus
„ kein Zurük-Trit statt.

(δ.)

Einige derselben fügen noch bei: In Ehe-Steuer-Sachen, bei Befreiungen von Leibeigenschaften, in Verträgen mit Kirchen, mit geistlichen Herrschaften, und überhaupt mit Stadt- und Land-Gemeinden, und Communen, fände das Befugniß der Reue, wenn Vertauschungen beliebt würden, gar nicht, wie bei Privat-Händel, nach obigen Gesezen statt. —

Allein

Allein blos etwa, in Causa Dotis et libertatis, ist dieses Angeben aus dem Corpus Juris erweißlich. Die Vervielfältigung der Ausnamen ist blose Lehrmeinung einzelner Rechts-Grübler, oder päbstliche Vorsorge für geistliche Güter, — hierarchische Rechts-Erweiterung, von welcher sich Tribonian nicht träumen ließ, und welche Deutschland nicht bindet.

§. 6.

Gothofred zält neun Merkmale nach der Reihe her, wie sich immer Tausch von Kauf unterscheide. Bei einigen Unterscheidungs-Zeichen besteht der Unterschied blos in Worten; folgende aber, mit welchen uns zum Teil schon diese Blätter bekannt gemacht haben, sind bedeutender:

a) Kauf kommt durch blose Uebereinkunft zu Stand, (consensu perficitur.)

Beim Tausch ist bloser Consens nicht hinlänglich, es gehört Uebergabe, Zustellung, Leistung einer Sache — darzu; (re s. rei datione perficitur.)

b) Beim Kauf findet keine Reue, wol aber beim Tausch, statt.

c) Auch

c) Auch eine fremde Sache kann verkauft werden, und der Kauf besteht darum dennoch. Die Rechte setzen keine Nullität darauf. Jeder Tausch aber ist nichtig, bei welchem einer dem andern eine fremde Sache zustellt. Die Rechte setzen die Nullität darauf.

d) Ist gleich ein Kauf richtig und perfect, so ist darum das Eigentum der gekauften Sache, (dominium) noch nicht eo ipso auf den andern notwendig übergetragen, oder sogleich überzutragen.

Beim Tausch geht das Eigentum sogleich über, (dominium transfertur) so bald ein Teil die Sache übergiebt, wenn gleich der andre zaudert, oder gar sich weigert, ebenfalls sein Versprechen zu erfüllen.

Ueber den merkwürdigen Unterschied, der unter den lezten Numern (c. und d.) angegeben ist, müssen wir noch nähere Betrachtungen anstellen.

Der Saz ist auffallend, daß es mit den Gesetzen bestehe, eine fremde mir nicht zugehörige Sache verkaufen zu dürfen. Er gründet sich hauptsächlich auf

L. 28. π. de Contr. emt. V.

Re-

Remalienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est; nam emtio est et venditio, *) heißt es daselbst; und es waltet kein Zweifel vor, daß der Saz rechts-gültig sei. Dem Verkäufer liegt es blos ob, den andern in den Besiz der verkauften Sache zu sezen, ernstlich dafür zu seyn, daß er sie ungestört inne behalte, und keine böse Gefährde dabei zu spielen.

Ex natura emtionis venditionis *non* est, ut venditor rem *faciat accipientis*, sed ut *vacuam* tantum rei possessionem tradat, praestetque et Caveat, eam sine interpellatione habere et obtinere licere, dolumque malum abesse, absuturumque esse. Itâque, re non evicta, nihil bonae fidei venditor debet emtori!

sagt der grose Cujaz, in seinen

Observat. L. XXIII. c. 29.

und umhängt seine Behauptung mit vielen Gesezen aus den hiezu dienlichen Titeln des Codex

und

*) Der Beisaz, den dieß Gesez hat: Sed res emtori auferri *potest*; mildert die anscheinende Härte der Legislation; — läßt aber ganz und gar nicht eine Nullität des Contracts folgern.

und der Pandecten, welche wir hier unangezogen lassen, weil diese Blätter nicht die Natur des Kaufs scientivisch erörtern sollen, sondern blos in der Untersuchung vom Tausch kurze Citaten aufnehmen dürfen, die dessen distinctiven Character von andern Contracten bewähren.

Beim Tausch klingt einmal die Verordnung der Gesetze anders, als beim Kauf. Die Haupt-Stelle hierüber steht

L. 1. §. 3. π. de rer. permut.

und faßt die Sache fast nur allzu kurz: Es heißt blos daselbst:

Paedius ait: alienam rem dantem, *nullam* contrahere permutationem.

Soviel ist aber doch immer klar daraus ersichtlich, daß die Gesetze überhaupt **den** Tausch mit der Nullität belegen, in welchem einer eine fremde Sache übergiebt, und daß gar keine Contract-Verbindlichkeit, zu einiger, seis auch noch so geringer, Zögerung oder Belästigung des unschuldigen Theils, statt haben solle, so bald eine solche mangelhafte Verhandlung, (sei's auch, noch so sehr, bona fide,) irgendwo etwa beliebt worden wäre.

Wer

Wer im Tausch etwas übergiebt, muß also das Eigenthum davon übertragen, und es auch wirklich übertragen zu können befugt seyn. So bald der andre hört, daß er nicht darzu befugt gewesen sey, so kann er sogleich im Tausch zurükstehen, den Contract für nichtig erklären, und, falls er etwa bereits zuerst den Vertrag erfüllt, und jenem eine zugesagte Sache übergeben hätte, solche geradezu zurükfordern, oder, wenn ihm daran nicht viel gelegen ist, wenn sie ihm überhaupt nicht mehr ansteht, seinen Gegner in vollen Anspruch nehmen, einmal den Contract noch genüglich zu erfüllen, ihm ein andres Aequivalent zuzustellen, oder rein aus, id quod interest, zu prästiren, wie's die ihm zuständige Actio Praescr. Verbis bekanntlich nach obigem ausweißt. Vergebens mag sich ein solcher Gegner darwider streuben, seine Ehrlichkeit, (bonam fidem) womit er übergab, vorschüzen, zu Gewährschaft Hofnung machen, oder sie versprechen wollen, entgegen halten, die Sache, das Object des Tausches sey ja noch nicht entwährt, noch nicht förmlich und klar in vollen Anspruch genommen (evincirt, oder vindicirt) worden. Alle diese

Ausreden schlagen hier nicht an. Wer unbefugt im Tausch was übergiebt, muß sichs gefallen lassen, rechtlich angesehen zu werden, als hätte er — gar nichts *) übergeben; und die Actio P. V. oder Condictio C. dat C. non sec. hat ein für allemal wider ihn statt.

Beim Kauf ists freilich, wie gedacht anders; Da kann der Käufer, der eine fremde Sache zugestellt erhalten hat, nicht so gleich zufaren, und den Contract selbst deshalb für null und nichtig erklären wollen. Nein, so lange er im Besiz der Sache ist, und sie ihm noch niemand mit einer rechtlichen Entwehrung (via evictionis) genommen hat; so lang bindet ihn der Kauf, und er darf ganz und gar nicht nach Willkühr zurük treten, kann den Kaufschilling deshalb nicht zurükhalten, muß contractmäsig Zalung leisten, wenn er gleich die unvermutete fatale Nachricht zehn = und zwanzig mal ins Ohr sich sagen lassen müßte:

„Ein

*) Datum non censetur, quod non durat datum! ist ein Brocardicum, mit welchem die Rechts Gl. in dieser Doctrie immer um sich werfen.

„ Ein Dritter sei mit Ansprüchen im Anzug;
„ es stehe eine gefährliche Entwehrung bevor,
„ die gekaufte Sache würde ihm wahrscheinlich
„ aus den Händen — evincirt werden. „

Venditor possessionem tantum vacuam praestat, permutatio alterum *facere* debet *dominum*;

sagt **Huber** ganz succinct in seinem

Posit. Iur. ad Tit. π. de permut. §. 4.

und der Umfang seiner Worte wird nun sehr wol verständlich seyn. — — Nur muß diesem noch beigefügt werden, daß dem, der eine fremde Sache im Tausch übergiebt, die Geseze *) die Erlaubniß vergönnen, sie (ex bono et aequo) wieder zurükzufordern, zu condiciren, — — Womit aber die gegenseitigen Ansprüche, dessen der seine Zusage erfüllt hat, nicht aufgehoben sind, sondern vielmehr, nach obiger Angabe, vollkommen von ihm geltend gemacht werden können.

*) S. L. 1. §. 4. π. de permut. rer.

Anwendung:

Wenn also Oestreich von Kurpfalz Bajern im Tausch erhielte, ein dritter Interessent aber träte auf, und suchte darzuthun, Kurpfalz habe die Befugniß nicht gehabt, Bajern zu veräussern, oder doch diese und jene Districte nicht, Kurpfalz habe das Dominium davon nicht übertragen können; wenigstens für die Person des Kurfürsten seien die und jene Herrschaften und Bezirke (quoad alienationem) — so viel, als res alienae gewesen, und machten, so bald sie aus seiner Hand giengen, und einem fremden Hof überlassen werden wollten, Gegenstände zu rechtlicher Entwährung aus; (evictioni esse subjectas,) — wenn, sage ich, solche Weiterungen mit erheblich-scheinenden Gründen irgendwoher bedrohet würden; so stünde Oestreich das Recht zu, den Tausch für null zu erklären, und die freie Willkühr, entweder seine im Tausch übergebene Länder Condictione Causa d. C. n. S. zurükzufordern, oder aber Kurpfalz Actione P. V. zu belangen, ein Aequivalent für Bajern ausfindig zu machen, oder, id quod interest, zu prästiren.

Der

Der Fall ist nicht sehr wahrscheinlich; —? aber ich setze ihn nicht umsonst. Wie? wenn Oestreich sich zwar nicht an die Drohungen möglicher Entwährung viel kehrte, noch sich durch die angeblichen Beweise, Kurpfalz sey nicht befugt gewesen, Baiern (weder halb noch ganz) zu veräussern, in seinem Besiz irre machen liesse, der Kurfürst selbst aber durch dringende Vorstellungen, etwa von Pf. Zw . . . oder von Pr. — n, oder einem andern Interessenten, in seinen bißher beliebten, Principien wankend gemacht, und seine Ueberzeugung, wenigstens in Betreff einzelner Bezirke, Bißtümer, Abteien, Grafschaften, Aemter, vielleicht, durch neu = vorgelegte Documente und triftig=scheinende Rechts = Ansprüche, umgestimmt würde? Könnte es ihm verargt werden, wenn Er freimütig bekennte und spräche:

„Ich habe zwar diese und jene Provinzen und „Aemter bona fide im Tausch übergeben; allein, „da mich eine nähere Belehrung überzeugt, „daß mir die Befugniß, sie zu veräussern nicht „zustund, daß sie für mich, soviel als res alienæ „waren, so fordere und condicire ich sie nunmehr gesezlich zurük.„

 Die

Die Sache würde vielleicht grose Schwürigkeiten finden; aber in thesi hätte doch diese Umkehr nichts widerrechtliches auf sich. Daher sagt, etwas auffallend, aber nicht ungeschikt, noch unrichtig Berger

ad Brunem. Tit. de Permut. Q. 3.

Nota, permutationem, rei alienæ valere, & non valere. Non valet respectu dantis; neque enim is agere potest Pr. V. Contra accipientem, vt hic quoque det. At valet, ratione dantis, in quantum ipsi competit conditio rei datæ. (per leg. cit.) i. e. rei alienæ, quam tradidit.

Gesezt auch, der Kurfürst änderte, dieweil er lebte, seine Gesinnung nicht, oder er änderte sie zwar in der Stille, machte aber weiter deshalb keine öffentliche Bewegungen, um sich nicht gefärlichen Weiterungen auszusetzen; wird sein Erbe und Nachfolger sich auch also benehmen? wer ist gut dafür, daß er zu der bemeldten Condiction — zuverläßig nicht greifen, daß er nicht auftreten und sprechen werde:

„Mein

„ Mein Vorgänger hat Länder veräusert,
„ welche zu veräusern er nicht die Befugniß
„ hatte, wie er erst nach der Hand hierüber
„ Ueberzeugung erhalten hat, oder wie, wenig=
„ stens ich, der Erbe, sie überkommen habe.
„ Das Dominium konnte auf die Art, wie
„ geschehen ist, nicht übertragen werden. Dem
„ Tausch gebrach also eine Wesenheit, die sich
„ nicht wegdenken läßt. Rem alienam con-
„ dico! —

Allerdings wurde über den Ausdruk: Res aliena! groser Stritt und Widerspruch entstehen; allerdings würden sich bedeutende Gegen=Gründe gegen die also beliebte Extension der Gesetze, besonders des

L. 1. §. 4. π. de rerum permut.

in welchem ohnedem eine sehr verschiedene Lese=Art von einigen grosen Critikern gewagt wird, aufgestellt werden. Aber wäre damit die Irrung auseinander=gewickelt? — Förderte es die Vereinigung, wenn grose Rechts=Gelehrte e contra citirt würden, nach deren Auslegungen auch im Tausch auf die zuverlässige, ganz unzweifelhafte Uebertragung

des Eigenthums nicht so streng, wie die Worte des

L. 1. §. 3. de rer. permut.

es doch zu bedeuten scheinen, gedrungen werden kann? — Strauch und Titius behaupten: es sey hinlänglich, wenn nur das Eigenthum der Sache, die ich im Tausch übergebe, — bona fide und præsumtive übertragen worden sey. Der leztere sagt gerade zu: *)

Permutationem, etiam ut contractum innominatum spectatam, perinde ac emtionem, de jure civili, *rem alienam admittere*, plane arbitror. Nam cum de qualitate rei in foro civili non semper constet, utique dans suo satisfecit officio, si rem *præsumtive propriam*, & de qua aliud non apparet in alterum transferat, sane plus exigere est vim facere negotiorum humanorum indoli, ac vanæ indulgere speculationi.

und schränkt dadurch die obenbelobte Nullität, welche die Gesetze androhen, gar sehr ein. — Welcher Doctor hat nun recht?

Ich

---

*) Titius ad Lauterb. Observ. 638. und Strauch Exerc. 16. §. 4.

Ich will diß Süjet nicht weiter verfolgen; es ist leicht einzusehen, daß ich in der Anwendung den Fall mit Kurpfalz und Oestreich auch umgewandt hätte setzen, und die Gefahr, mit der ich den einen Hof belud, auch auf den andern hätte schieben können. Was mehr- oder minder-wahrscheinlich hiebei sich ereignen dürfte, überlasse ich der Speculation des — da oder dorthin geneigten Lesers, und greife darinn niemand vor.

Aber eine gleichfalls strittige Frage muß ich hier doch noch berüren:

Wer im Tausch eine Sache übergiebt, überträgt sogleich damit ihr Eigenthum, und **hat** dieses übergetragen, wenn er auch je noch nichts von dem andern Theil dagegen erhalten haben mag. Aber wie? Sollte dieser Saz auch noch gültig seyn, wenn er in der gewissen Hofnung übergab, ohnverzüglich die in der Convention zugesagte Sache dargegen zu erhalten; wenn er nicht auf Credit das Seinige aus der Hand ließ? (licet fidem de illa re non habeat?)

Viele Doctoren antworten mit: Ja! Das Eigenthum (das Dominium) ist und bleibt übergetragen (translatum,) die Sache mag auf Credit hingegeben seyn, oder nicht; die Erwartung des Contrahenten, der seine Zusage erfüllt hat, ändert das Hauptverhältniß, das Grundwesen des Tausches nicht.

Dominium rei ex causa permutationis traditae transfertur statim, etiam antequam accipiens ex sua parte Contractum implet, licet dans *statim* aliam rem accipere *Speret*, nec fidem de illa habeat,

spricht Lauterbach in Coll. Th. Pr. ad Tit. de rer. perm. §. IX. und Brunnemann in seinem Comment. ad Cod. l. c. — pflichtet ihm umständlich bei, und behauptet, es habe bei der alten Regel sein Verbleiben:

Ex traditione, quam titulus praecedit, *Statim* transfertur dominium;

wovon blos beim Kauf, wenn ausdrüklich auf Credit gehandelt sei, eine Ausname statt finde; und seie dieß auch weiters daraus ersichtlich, weil dem, welcher im Tausch eine Sache einmal übergeben habe, (nach L. 4. Cod. De perm.) durchaus kein Recht auf dieselbe, falls sie bereits

etwa durch Kauf in eines Dritten Hände gerathen sei, weiters zugeeignet würde; weder actio in rem noch in personam emtoris stehe demselben zu, wenn er auch gleich seinerseits allein den Vertrag erfüllt, und, der andre ihm noch nichts dargegen zugestellt hätte. Wäre das Dominium noch nicht übergegangen, so könnte er, (fährt Brunnemann fort) offenbar das Object des Tausches selbst verfolgen, und sich an seine Sache halten, sie möchte hingerathen, wohin sie immer wollte. Diese Befugniß nimmt ihm aber das Gesez:

Contra emtorem te nullam actionem habere perspicis, cum ab eo *susceperit dominium*, cui te tradidisse permutationis titulo non negas, (heißt es darinn) und verweißt ihn blos auf Personal-Klage gegen den Mit-Contrahenten selber; Also — ist der Saz erwiesen!

Mit nichten! versezt hierauf eine illüstre Cohorte anders gesinnter Gelehrten; Auf den Sinn, auf die Meinung muß man sehen, in der einer dem andern etwas übergiebt. Wer dem andern eine ihm (Sibi) zugehörige Sache

in

in der Absicht abtrit und zustellt, um so gleich eine durch Uebereinkunft beliebte andre Sache dagegen in Empfang zu nehmen, der ist gar nicht gemeint, das Dominium der **Seinigen** überzutragen, wenn der gegenseitige Contrahent nicht ebenfalls das Object des Tausches ihm behändigt, der überträgt gar nicht eigentlich sein Eigenthum schlecht-hin und unbedingt, sondern blos mit einer einschränkenden Beziehung, die sich gar von der ehrlichen Erfüllung seiner Zusage nicht wegdenken läßt. Der Contract **kann** mit ausdrüklichen Wort **bedingt** aufgesezt werden, beide können eine Notel errichten, in welcher es z. B. heisen mag:

> Ich übergebe dir hiemit dieß Gut zum Tausch für das Deinige, das Dominium desselben soll aber erst **alsdann** auf dich übergetragen seyn, wenn ich das Deinige von dir gleichfalls zugestellt im Besiz werde erhalten haben.

Und alsdann hats freilich gar keinen Zweifel, von welcher Stunde an das überlassene Dominium zu rechnen sei. Aber wenn auch nicht gerade eine solche Notel entworfen wird, wenn nur die Gesinnung des Contrahenten klar

am

am Tag liegt, wenn nur nicht auf Credit ins weite hin getauscht wird; so ist die Bedingung **stillschweigend** anzunehmen:

„Erhalte ich **das** von dir, so gehört „**dieses** dein!„

und ist kein Grund abzusehen, warum gerade in Tausch-Verhältnissen stillschweigende Bedingungen nicht gültig seyn sollten? — Justinian und alle Gesezgeber lassen sie zu, um Unbilligkeiten abzuschneiden, um ungerechter Wortglauberei, die durch eine einzige unterlassene oder unbestimmt-gesezte Phrase, wer weis, wie sehr? — oft den andern in die Enge zu treiben sucht, Zaum und Gebiß anzulegen, und dem Sinn der Uebereinkunft zu statten zu kommen; und **blos** in dem hier in Frage stehenden Fall sollte der unberatenen Ehrlichkeit keine Hülfe dadurch angedeihen? —

Qui rem suam dat ea lege, ut statim alteram recipiat, is animum transferendi dominii, *non simpliciter* habet, sed tum demum, si alter promissum quoque impleat. Hoc igitur non secuto, dominium non est translatum, perinde, sicut in emtione venditione,

be-

behauptet Titius Observ. 635. ad Lauterb. C. Th. P. und bestreitet seinen pragmatischen Principal mit einem gewaltigen Elenchus. — Wer Lust zu richten, der richte!

§. 7.

Man könnte über manche minderbedeutende Fragen in dieser Lehre kürzer wegstreifen, wenn sie nicht mit andern verwandt wären, deren Wichtigkeit in die Augen fällt.

Wer trägt die Gefahr beym Tausch?

Die Antwort wird jedem, der mit den Sätzen des vorigen Paragraphen wol vertraut ist, und ein festes Urteil sich daraus gebildet hat, nicht mehr fremde seyn können.

(A.)

Hast du eine dir zum Tausch versprochene Sache erhalten, so geht sie dir zu grund, so bald sie deiner Hand einmal überlassen ward. Das Eigentum ist übergetragen, es bleibt bey der Regul: Res perit domino! und der andre mag dich Actione Pr. V. belangen, (falls du deinerseits etwa den Contract noch nicht erfüllt hättest,) ihm, ohne Rüksicht auf deinen Schaden Wort zu halten, und rein

aus-

auszuliefern, was du bei Eingehung des Vertrags, zum Object des Tausches bestimmt, und genannt hast, oder das Interesse dafür zu leisten, (vt præstes, quanti intereſt) Dieß Recht hat er und du kannst es ihm nicht erschweren, **wenn er nicht** etwa selber schuld daran ist, **daß** dir die Sache zu grund gieng, die er dir behändiget hatt.

Zum B. Sp. Die Tausch-Notel zwischen Oestreich und Kurpfalz wäre ganz berichtigt, und der erstere Hof erklärte sich, die Niederlande an den leztern abzutreten, und keinen Schuh-breit von Bäiern einzunehmen, bis Kurpfalz die versprochene Niederlande sämmtlich in Besiz genommen haben würde; Die Niederlande würden auch wirklich an Kurpfalz abgetreten, und übergeben; Kaum aber wäre Kurpfalz in Besiz gelangt, so ereignete sich, (quod Numen averruncet!) die erstaunliche Revolution, oder doch ein Theil derselben, die P. **Ziehen** auf unsre Jahre hin geweissagt hat, und gerade die abgetretene **Niederlande** giengen unter, das Beet des Rheins erweiterte sich, der Ocean dränge ein, und verschlänge sie; kurz Flandern und Brabant versänken

sänken und verschwänden; verlöre Oestreich dadurch seinen Tausch? — Nimmermehr! Baiern müßte ihm werden, die Befugniß, es gänzlich, als ob kein Unglük mit den Niederlanden sich ereignet hätte, anzusprechen, stünde ihm unumwunden, unleugbar *) zu. Die Actio Pr. V. wäre ihm, dem Oestreichischen Hof, durchaus nicht abzustreiten; Kurpfalz wäre zu bedauren; aber — rechtliche Hülfe bliebe ihm verschlossen.

„Dominium rei datæ semel translatum est per traditionem in accipientem, ergo hujus etiam periculum!

sagt Struv, und mit ihm unzälige Theoretiker und Praktiker, in einem solchen Fall; und, unbefangen zu sprechen, so wäre da auch weiter

an

*) Auch sogar, wenn Kurpfalz erböthig gewesen wäre, die Niederlande — noch früher, als das Unglük eintraf, an Oestreich zu übergeben: Si res, de cujus traditione conventum, casu pereat, periculum ejus est, ad quem pertinebat, adeo, ut per oblationem alter non constituatur in mora, nec periculum ad eum transeat, sagt Flörke in Annot. ad Struv. Synt. Exerc. 25. T. 4.

an keine Condiction noch Action wie sie heisen möchte, für den unglüklichen Contrahenten, weiters nur zu denken.

Soviel von der traurigen Folge eines ohngefären Zufalls! (casus puri) — — Aber auf ähnliche Weise versagen die Gesetze einem Tausch-Contrahenten ihre Zuflucht, wenn er sein neu-empfangenes Gut — entweder durch eigne Schuld, oder durch einen ungerechten grundlosen Spruch eines Richters, (culpa sui ipsius, seu injuria judicis) verliert. Gesezt, Kurpfalz liese sich beigehen, die Rechte welche es mit den neu-ertauschten Ländern erhielte, zur Ungebür gegen einen benachbarten Fürsten zu erweitern, es käme zu Thätlichkeiten, und dieser näme in glüklicher Eile mit dem Schwerd in der Hand sofort ein paar Städte von Flandern u. s. w. hinweg; — so könnte Kurpfalz das Hauß Oestreich darum nicht im mindesten in Anspruch nehmen, noch etwa ein paar Städte von Bajern dafür zurükzubehalten sich ermächtigen.

Oder, Kurpfalz geriethe sogleich nach seiner Besiz-Nehmung der Niederlande mit einem benachbarten Fürsten wegen einzelner

Districte in Stritt, und compromittirte mit demselben auf einen Dritten Hof, als Richter; Dieser spräche offenbar aus unstatthaften ungerechten Gründen für den benachbarten Fürsten; — so hätte abermals Kurpfalz den deßfallsigen Schaden allein zu tragen, und Oestreich wäre zu keinem Ersaz verbunden. Blos wenn das Object des Tausch schon **vor** der Uebergabe mit wahren Gebrechen (**hier**, etwa mit besondern Beschwernissen und Ansprüchen) behaftet, oder belastet gewesen, wäre Rükſprache an Oestreich, bei antretender Gefahr der Entwärung, — gesezlich, und bei wirklich widrig-ausfallender Eviction, ohnbedenklich-statthaft. *)

(B.)

*) S. L. 1. Cod. de rer. permut. ibiq. Brunnem. Comment. wie auch L. 9. Cod. de pign. act. vergl. m. Bardil. Concl. XXXVIII. Exerc. §. 19. — Lauterb. l. cit. und **Struv** Annot. zu dems. (Periculum est accipientis; modo non *ob vitium* ante permutationem iam contractum res perierit; sagt der Leztre.

(B.)

Ein anderes umgekehrtes Verhältniß! Die Gegenstände des Tausches sind vollkommen beliebt. Du hast bereits die Sache, die dir der andere versprach erhalten, aber die deinige dagegen ihm noch nicht übergeben. Nun trägt sich's zu, daß eben diese Sache ohne deine Schuld zu Grund geht, weß ist die Gefahr?

Antwort: **Dessen**, der sie erhalten sollte, und noch nicht erhalten hat, wenn **dir** anders desfalls weder Gefährde noch Verzüglichkeit noch Nachlässigkeit aufgebürdet werden mag.

Jacuit periculo creditoris,

ist hiebei die Grund-Maxime, und in **diesem** Verhältniß wirds gehalten, wie beim Kauf. Wenn der Kauf-Contract vollkommen errichtet (perfect) ist, so trägt der Käufer das Risko, und leidet den Verlust, im Fall die Sache, auch eh sie der Verkäufer noch überliefert, zu Grund geht.

Wenden wir einmal den obigen Fall etwas um. Gesezt, Oestreich käme zuerst in Besiz, und erhielte Baiern (vielleicht nur ein paar Wochen) früher, als es die Niederlande, dem Tausch-Vertrag gemäs, an Kurpfalz abträte,

Inzwischen aber, eh die Uebergabe erfolgte, ereignete sich die oben Beispielsweis angezogene geweissagte Erd-Revolution, wodurch die Niederlande untergiengen. Auf wessen Gefar versånken sie? — — Auf Gefar dessen, der sie in Empfang nehmen sollte, und dem es etwa beliebte, sie einige Tage spåter in Empfang zu nehmen, weils seiner Convenienz gemåser war, oder weil die Zeit im Vertrag so bestimmt war, — oder weil ihm ohngefåre Hindernisse, die der Gegen-Contrahent nicht veranlaßte, in Weg kamen, — des Kurfürsten! Der Fall wåre åusserst traurig; Baiern wåre für ihn dahin, und für die Niederlande erhielte Er auch nichts. — Hören wir einmal einen der ersten juristischen Pragmatiker, der gewiß an den vorliegenden Fall nicht dachte, und unaufgestiftet also schrieb:

Quam primum res permutationis caussa est data, (Baiern) — res ab accipiente promissa (die Niederlande) tanquam debita, incipit esse periculo ejus, qui dedit, (des Kurfürsten) utpote creditoris, cui debetur, & per ejus interitum casualem accipiens, (Oestreich,) tanquam debitor, liberatur,

sagt Lauterbach L. c. §. 28. — und, seiner mit statthaften Gründen bescheinigten Auslegung nach, stünde allerdings dem Kurfürsten auch nicht die mindeste Entschädigungs-Beschwerde, auch nicht die ärmste Condiction zu. Oestreich wäre und bliebe ganz frei von aller Rechts-Ansprache.

Ante moram debitor speciei — interitu liberatur, sagt Gothofred, zu dem hierhergehörigen L. 23. π. de Verb. Obl. aus welchem sich klar erbricht, daß blos Gefärde und Verzug, nach vorgängiger Interpellation, *) das Risko auf den Contrahenten der nicht übergab, wirft. Findet diese Beschuldigung nicht statt, so sind auch alle anderweite Behelfe fruchtlos. — — Vergebens dürfte sich der unglükliche Contrahent beigehen lassen, die oben erörterte Befugniß der Reue **hierher** zu ziehen, und daraus eine anmaßliche Zurükforderung seines — freilich umsonst und garvergebens weggeworfenen Guts, quasi causa data causa non sec. begründete. Sein Versuch

*) Die Ausdrüke des Gesezes l. cit. — Si per te steterit, — Si interpellatus non dedisti, — sind entscheidend.

such wird und soll ihm nicht aus der Not helfen, weil er seinem Gegenteil weder Dolum noch Culpam levem, (wie wir annehmen) zur Last zu legen vermag. Hören wir einmal einen Gelehrten, der sonst gar nicht immer ein gehorsamer demütig = nachsprechender Commentator seines Text = Herrns, Lauterbachs ist, den braven Gerhard Titius

Lib. Cit. Obs. 644.

Effectus rei, (si scil. promissa res Casu periit) est, quod debitor (Oestreich) rem acceptam (Baiern) retinere queat, adeo ut nec ex capite poenitentiæ dans (der Kurfürst) illam repetere possit. Nam facultas poenitendi secundum naturam Contractus intelligenda, adeoque *tam diu saltem* asserenda est, quam diu debitor suam præstare *potest*; & mera est Cavillatio, si nonnulli repetitionem ex causa cessationis quidem negant, sed poenitentiæ Concedunt!

und verbinden diese Stelle mit einer ähnlichen aus Bardilis Concluss. Exerc. 38. §. 19. & 20.

Si res, quæ ab altera debetur, sine ejus culpa periit, periculum est dantis, nec adversus accipientem ad contractum implendum agi potest. Nec hoc casu ille,

qui

qui dedit, rem ab accipiente, causa data causa non secuta, repetit.

Arg. Leg. 5. §. 1. *, de Pr. V. und Leg. 10. Cod. de condict. ob caus. dat. wo es rundhin heißt Pecuniam a te datam, si hæc causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse, *certum* est. — So dürfte, wie es scheint, kein Anstand übrig bleiben, diese Frage, sowol nach bestimmten Gesezsprüchen, als nach der Analogie für gleichstimmig = beantwortet anzunehmen.

Allein, **wann** ist in Rechten allerseitig = harmonische Gleichstimmigkeit? Nimmermehr findet sie sich! — — Ja! treffen sie doch wol meine Leser selber in diesen Blättern nicht an, wenn sie das, was ich oben §. 2. und 3. vorgetragen habe, mit den Behauptungen des gegenwärtigen Paragraphen, aufmerksam vergleichen. Ich muß mirs gefallen lassen, wenn sie über Widerspruch schreien, habens doch viele grose Leute schon vor ihnen getan, und diese Lehre gelästert, oder, eigentlicher zu sprechen, die darinn obschwebende Zweifel, Dissonanzen, Abweichungen, und Verwirrungen gerügt.

Nach der oben §. 3. angefürten Stelle aus den Pandekten L. 5. Tit. de Cont. causa de causa non s. verglichen mit L. ult. ejusd. tit. und verschiedenen andern, die hierher zur Hülfe gerufen werden, sprächen Lauterbachs Gegner, falls sie über unsern angenommenen Fall gefragt würden, dem Kurfürsten das Recht zu, Baiern zurükzufordern, (zu condiciren) und wärfen den Schaden der erlittenen Fatalität auf Destreich.

Si res pereat ante traditionem, periculum ejus est, qui nondum tradidit,

sagt Huber ad Tit. π. de rer. permut. ohne einige Einschränkung. Mit schärferer Bestimmtheit, auch mit beigefügter Rechtfertigung dieser Lehre erklärt sich Berger darüber in Animadv. ad Brunn. Qu. ad π. cit. tit.

Rei permutandæ periculum est — accipientis, quia is, qui dedit, rem datam ab accipiente repetere potest. Nec obstat, quod per accipientem non stet, quominus rem promissam det. *Subest* enim *quasi contractus*, ut is, qui rem alicui dedit sub modo, eandem ante implementum modi repetere possit.

Woraus ohnschwer zu entnehmen ist, daß auch hier der warscheinliche Sinn der Contrahenten, und was sie bei ihrer Uebereinkunft, als stillschweigende Bedingung (praesumtive) zum Grund gelegt haben, die Frage entscheiden soll. Allerdings ist es nicht glaublich, daß ein vor-

vorsichtiger Negociateur einen Tausch = Vertrag mit so viel Risko einzugehen, gewöhnlich sich entschließen könne. Blos in ganz sonderbaren Verhältnissen läßt sichs denken, daß jemand die Möglichkeit eines so gefährlichen Falles sich vorstellen, und dennoch des Wagespiels sich unterziehen dürfte. Blos, als eine ausserordentliche Ausname läßt sich so was denken! Und wer ausdrüklich alle Zufälligkeiten auf seinen Nacken werfen will, alle und jede Ereignisse sich aufhalsen lassen will, ist desfalls ungebunden, und mag sich verstricken, so weit seine — Speculations = Klugheit oder Unklugheit ihn verfürt oder beräth. (nach L. 23. π. de Reg. Juris.)

Auch Brunemann legt daher das angefürte Geseзlein im Codex, das, wie gedacht so rundhin hiegegen zu streiten scheint, mit Hülfe eingeschobener Neben = Ideen, so aus, daß die Rükforderung doch damit nicht unbedingt vergönnet wäre. (S. sein. Com. ad Cod. L. 10. cit.)

Si causa consistit in dando vel tali facto quod commodum dantis, (nicht eines andern Dritten) respiciat, datur repetitio.

Gesteht aber doch am Ende selber zu, daß die Gesetze in dieser Materie nicht ganz füglich zu vereinbaren seien, daß äusserst spitzige Fragen die Anwendung allgemeiner Regeln darinn fast unmöglich machten, und Richterlicher Billigkeit (in hoc negotio intricatissimo) nach Beschaffenheit der jedesmaligen Umstände, vieles zur gütlichen Ausgleichung am besten anheimgestellt würde.

Eben dahin kommt man auch endlich zurük, wenn im Tausch der eine Theil sich, nach näherer Einsicht und Prüfung, sonderlich verlezt achtet, und wol gar eine förmliche Berechnung zieht, nach welcher er für sein dahingegebenes Gut um die Helfte zu wenig an Geld oder Gütern zum Aequivalent erhalten haben will. Soviel Unterschied zwischen Kauf und Tausch angenommen wird, so kommen sie doch, sagen die meisten Doctoren, darinn überein, daß in beeden Contracten L. 2. Cod. de resc. E. V. statt findet, und also der ganze Tausch wegen übermäsiger Verletzung, (ob læsionem enormem) angefochten werden mag.

In permutatione *redhibitoria* ob vitia locum habet, sagt Corvinus ad Cod. Tit de Permut. — Andre aber behaupten, blos actio quanti minoris, stehe dem Tauschenden zu. Der Unterschied ist sehr von Belang. Wenn die leztere Meinung Grund hat, so kann der verlezte Theil weder den ganzen Contract (ex capite laes. enorm.) umstosen, noch sein übergebenes Gut zurükfordern, sondern dem Gegner blos zumuten, ihm den Abgang im Werth zu ersetzen, und auf Gleichstellung andringen. Hat aber eine förmliche Redhibitoria in voller Maase statt, und gilt L. 2. Cod. nach seiner ganzen beim Kauf beliebten Ausdehnung, so wird der Tausch nichtig, so bald die grose Verletzung erweißlich ist. Die Gesetze Justinians vom Tausch bestimmen nichts darüber.

Ja,

Ja, es bedarf nicht einmal einer enormen Läsion, sagt Struv, ad Lauterb, L. Th. P. Th. tit. in fine. um den Gegner anzufechten; Auch eine Verletzung weit unter der Helfte, wenn sie gleich nach völlig=abgeschlossenem Contract, und nach wechselseitigen Auslieferung der Objecte des Tausches erkannt, und vorgehalten wird, giebt gerechter Klage und Beschwerde statt, sonderlich wenn Gefärde dabei dargetan werden kan. Nam falsum est, quod in permutatione, se decipere liceat! schließt er, und widerspricht allerdings mit Recht den feinen Lehrern, die da in Schafs=Kleidern einher gehen, es aber dennoch für zulässig halten, im Tausch durch Prellerei einander etwas anhängenzudürfen! — — Allein, wie? wenn keine Gefärde, keine Prellerei weder von dem einen noch von dem andern Theil beim Tausch beabsichtiget war, und der eine sich dennoch — zwar nicht zur Helfte, aber doch immer hoch, sehr hoch verlezt erachtet? und sie zu deduciren wagt, von dem andern aber durch Widerspruch, und vielleicht vermeintlich=gegründete Gegen=Deductionen zurükgewiesen werden will? — — Die Gesetze Justinians vom Tausch bestimmen nichts darüber! —

„Welch

„Welch ein Schwall von Subtilitäten, von Ungewißheiten, von Widersprüchen, von blosen Meinungen! (soll einer der bei dem verhandelten Länder = Negoce dieses Jahrs interessirten Fürsten, nach mühsamer Durchsicht der vorgelegten Zweifel über diß Sujet, ausgerufen haben.) Sollte man nicht das Kreutz blos für dem Gedanken eines Geschäfts machen, das mit so unsäglichen Schwürigkeiten umwunden ist, in so vieles Risko fürt, so gar keinen Anfang und kein Ende hat, in so unübersehliche Unannehmlichkeiten verwickeln kann, wie das Tausch = Geschäft, mit dem wir uns gegenwärtig befassen wollten! Mit welcher verdammten Legislatur sollen wir uns da plagen? Ich wollte daß sie . . .

Gemach! mein gnädigster bester Herr! (soll ihm sein Minister, ein Mann, wie Sülly, hier eingefallen seyn:) **eben diese** Legislatur empfelen Sie ja Ihren Untertanen, als gut und löblich, und legen sie ihnen als Richtschnur auf. Kann sie einmal verwerflich, und einmal wieder billig, recht und eben seyn? Ehrt sie nicht **Deutschland** weit umher? — Wenn Sie **dennoch** fortfaren von Härte, und Unschiklichkeit zu sprechen, so ziehen Sie selber die Folgerung, die meine Zunge — aus Ehrfurcht unterdrükt.

[illegible]

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Geheime, bisher noch nie gedruckte Aufschlüsse über den im Jahre 1785 nepotiirten Länder-Tausch und dessen sonderbare Schwürigkeiten

Leipzig 1786

J.publ.g. 33
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10558429-1
VD18 14388138-001